El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Proceso : Acción de tutela

Accionante : Édgar Augusto Díaz Montoya

Coadyuvante : Claudia Marcela Rodríguez Herrera

Accionados : ICBF y CNSC

Terceros : Participantes de la convocatoria 433 de 2016 y otros

Radicación : 66045-31-89-001-2020-00042-01

Despacho de origen : Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 308 de 17-09-2020

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA CONCURSO DE MÉRITOS / PRINCIPIOS DE INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD / AUSENCIA FÁCTICA / HACE INEFICAZ LA TUTELA.**

El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito “(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”, por lo tanto, “(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)” (2020) , es decir, cuando supera el plazo general de los seis (6) meses fijado por la doctrina constitucional (2019), sin justificación o medien circunstancias especiales que flexibilicen el análisis…”

La Corte enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; por lo tanto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos que ejecutan un proceso de concurso de méritos, por lo tanto, quien pretenda discutirlos, debe ejercitar al mecanismo ordinario dispuesto por el legislador.

Empero, hay tres (3) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; (ii) La falta de legitimación del actor impugnar los actos administrativos ante el juez competente; y, (iii) Cuando la cuestión debatida es eminentemente constitucional. (…)

LA AUSENCIA FÁCTICA. De entrada…, la Magistratura advierte que se confirmará y adicionará el fallo impugnado, en cuanto a la desestimación del amparo respecto a la aplicación del artículo 6º, Ley 1960, por la evidente inexistencia de los hechos alegados, pues, el actor cuestiona un concepto del 01-08-2019… que la CNSC recogió el 16-01-2020, es decir, antes de que ejercitara esta acción…

Claramente ataca una decisión que no está vigente (Aplicación Ley 1960); en consecuencia, ningún acto u omisión puede imputarse a las autoridades. Al respecto la CC decisión (2020): “(…) [S]i la omisión por la cual la persona se queja no existe (...) la tutela pierde su eficacia y razón de ser, por lo que la posible orden que llegase a impartir el juez del amparo carecería de sentido (…)”.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA**

**DEPARTAMENTO DEL RISARALDA**

***Pereira, R., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Señaló el actor que: (i) Participó en la Convocatoria No. 433 de 2016 e integra la lista de elegibles del cargo de Defensor de Familia del ICBF, Regional Caldas (Resolución No. 2018-2230063485 del 22-06-2018); (ii) La CNSC, con la Resolución No. 20182230156785 del 22-11-2018, revocó su artículo 4º, reglamentario de la integración general de las listas para proveer las vacantes a nivel nacional, impidiendo que el ICBF las utilizara con esa finalidad.

Y, (iii) El D. 1479/2017 creó 328 cargos nuevos y el artículo 6º, Ley 1960, dispuso que las vacantes no convocadas y creadas con posterioridad a un concurso, deberán cubrirse con las listas vigentes; empero, el 01-08-2019, la CNSC conceptuó que las anteriores a la promulgación de la Ley (27-06-2019), solo podrán usarse para proveer las vacantes que fueron convocadas. Agregó que no solicitó a las autoridades aplicar la norma porque esperaba que de oficio lo hicieran y ante su renuencia ejercitó este mecanismo dado que el 09-07-2020 vencía su lista (Cuaderno No. 1, folios 3-7).

1. **Los derechos invocados y las peticiones**

El debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. Pidió ordenar: (i) Al ICBF y a la CNSC aplicar los artículos 6º y 7º, Ley 1960, y, en consecuencia, nombrarlo y posesionarlo en una de las nueve (9) vacantes creadas en la Regional Caldas o en cualquiera de las 328 existentes a nivel nacional; (ii) Al ICBF y a la CNSC indicar si las listas de la convocatoria No. 433 de 2016 solo aplican para la regional a la que se postuló o pueden usarse para cualquier otra.

(iii) Al ICBF informar: (a) Quiénes ocupan los nuevos cargos creados y su modalidad; (b) Si solicitó a la CNSC usar las listas; y, (c) Por qué se encuentra en etapa previa de convocatoria, pese a la vigencia de las listas de la convocatoria No. 433 de 2016; y, (iv) A la CNSC, manifestar cuál fue el sustento jurídico para revocar su artículo 4º. Asimismo, requiere que la judicatura tenga en cuenta sentencias de tutela proferidas por juzgados y tribunales de otros distritos (Cuaderno No. 1, folios 5-7).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La *a quo* con auto del 02-07-2020 admitió la acción (Cuaderno No. 1, folio 82); el 07-07-2020 requirió a la CNSC (Cuaderno No. 1, folio 167); el 08-07-2020 vinculó unos terceros (Cuaderno No. 1, folio 170); el 17-07-2020 profirió la sentencia (Cuaderno No. 1, folios 190-202); y, el 27-07-2020 concedió la impugnación (Cuaderno No. 1, folio 209). Esta Corporación con auto del 03-09-2020 puso en conocimiento una irregularidad procesal (Cuaderno No. 2, documento No. 04), en silencio (Cuaderno No. 2, documento No. 07).

El fallo (i) Declaró improcedente la tutela relacionada con las quejas contra la resolución No. 20182230156785 del 22-11-2018, por falta de subsidiariedad e inmediatez, pues, cuenta con la vía ordinaria para controvertir el acto administrativo y demoró más de año y medio para ejercitar este mecanismo. (ii) Negó la pretensión sobre la aplicación de la Ley 1960, por ausencia fáctica, la autoridad desde el 26-01-2020 moduló el concepto que impedía hacerlo. Y, (iii) Negó las pretensiones de la coadyuvante por ser ajenas al objeto de la tutela e, incluso, presentó un amparo con dicha finalidad, pendiente de resolverse (Cuaderno No. 1, folios 190-202).

El actor en su impugnación aduce que la funcionaria dejó de proveer sobre el informe que requirió al ICBF, referente a las personas que ocupan los cargos creados, la modalidad de su nombramiento y si requirió a la CNSC para usar las listas vigentes (Cuaderno No. 1, folios 206-207).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, según la impugnación?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa: Por activa, el accionante porque participó en la Convocatoria No. 433 de 2016 e integra la lista de elegibles del cargo de Defensor de Familia del ICBF, Regional Caldas (Resolución No. 2018-2230063485 del 22-06-2018) (Cuaderno No. 1, folios 42-44). En el extremo pasivo, el doctor José Ariel Sepúlveda Martínez y la doctora Luz Amparo Cardoso Canizales por suscribir la Resolución No. 20182230156785 del 22-11-2018 y el concepto del 01-08-2019 cuestionados (Cuaderno No. 1, folios 45-69 y 70-73), y la Secretaría General del ICBF, pues le competen realizar los nombramientos (Resolución No. 3605 del 27-05-2020).

De otro lado, se declarará improcedente la intervención como coadyuvante de la señora Claudia Marcela Rodríguez Herrera, habida cuenta de que carece de interés legitimó para intervenir en esa calidad (Art.13º, D.2591 de 1991).

De vieja data la CC[[1]](#footnote-1) ha decantado que: “*(…) la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o* ***reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante*** *(…)”.*

Aquí trae a colación un recuento fáctico disímil al expuesto por el accionante (Formuló peticiones, la CNSC autorizó el uso de su lista y el ICBF todavía no hace su nombramiento) y hace una reclamación a su favor (Cuaderno No. 1, folios 174-188). Claramente su interés particular es ajeno al objeto de este reclamo constitucional (Aplicar la Ley 1960); además, con esa finalidad ya promovió el amparo respectivo, conforme se constató en primera sede (Cuaderno No. 1, folio 201).

* + 1. La inmediatez.El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección **inmediata** de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[2]](#footnote-2), es decir, cuando supera el plazo general de los seis (6) meses fijado por la doctrina constitucional (2019), sin justificación o medien circunstancias especiales que flexibilicen el análisis (Persona de especial protección, etc.).

* + 1. La subsidiariedad. La Corte[[3]](#footnote-3) enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; por lo tanto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos que ejecutan un proceso de concurso de méritos[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5), por lo tanto, quien pretenda discutirlos, debe ejercitar al mecanismo ordinario dispuesto por el legislador.

Empero, hay tres (3) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable[[6]](#footnote-6); **(ii)** La falta de legitimación del actor impugnar los actos administrativos ante el juez competente[[7]](#footnote-7); y, **(iii)** Cuandola cuestión debatida es eminentemente constitucional[[8]](#footnote-8).

La Sala de Casación Civil de la CSJ (2019)[[9]](#footnote-9), órgano de cierre de esta Corporación, ha sido reiterativa en cuanto a la improcedencia, por falta de residualidad:

… puede concluirse que «no se cumplen los elementos determinantes del perjuicio irremediable y, por tanto, no puede tenerse en cuenta dicho perjuicio para admitir la presente acción como mecanismo transitorio», ya que «dentro de un eventual proceso contencioso- administrativo, (…) [se] tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que presuntamente vulnera [los] derechos, con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio» (CSJ STC, 24 ene. 2007, rad. 2006-00227-01; criterio reiterado en STC7077-2014 y STC16698-2015). (STC4676-2016, 15 abr. 2016, rad. 2016-00039-01).

Este criterio lo comparte la Sala de Decisión Civil - Familia de esta Corporación (2019)[[10]](#footnote-10).

1. **El análisis del caso en concreto**

6.1. La ausencia fáctica. De entrada, sin necesidad de verificar el cumplimiento de los presupuestos de procedencia, la Magistratura advierte que se confirmará y adicionará el fallo impugnado, en cuanto a la desestimación del amparo respecto a la aplicación del artículo 6º, Ley 1960, por la evidente inexistencia de los hechos alegados, pues, el actor cuestiona un concepto del 01-08-2019 (Cuaderno No. 1, folios 70-73) que la CNSC recogió el 16-01-2020[[11]](#footnote-11), es decir, antes de que ejercitara esta acción (30-06-2020) (Cuaderno No. 1, folio 75).

En efecto, la autoridad dispuso allí: “*(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” (…)”.*

Claramente ataca una decisión que no está vigente (Aplicación Ley 1960); en consecuencia, ningún acto u omisión puede imputarse a las autoridades. Al respecto la CC decisión (2020)[[12]](#footnote-12): *“(…) [S]i la omisión por la cual la persona se queja no existe (...) la tutela pierde su eficacia y razón de ser, por lo que la posible orden que llegase a impartir el juez del amparo carecería de sentido (…)”.*

6.2. La improcedencia de la acción constitucional. De otro lado, en lo que atañe a los reparos contra la Resolución No. 20182230156785 del 22-11-2018 (Cuaderno No. 1, folios 45-69), sin ambages, se advierte que también se confirmará la decisión impugnada, puesto que es evidente el incumplimiento del presupuesto de la inmediatez, la tutela se presentó por fuera del plazo general de los seis (6) meses dispuesto por la jurisprudencia constitucional como razonable para hacerlo.

Imposible flexibilizar el análisis del presupuesto en consideración a que es inexistente alegato o prueba concreta de circunstancia que justifique la tardanza; y, tampoco se trata de una persona de especial protección constitucional que amerite un trato diferenciado[[13]](#footnote-13).

De superarse ese requisito, se tiene que la tutela también es improcedente, por falta de subsidiariedad, en tanto que no fue diseñada para controvertir actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto (Art.6º -5º, D.2591/1991), pues, revocó el artículo 4º de todas las listas de elegibles de la convocatoria No. 433 de 2016.

Y, aun cuando la Sala razonara que se trata de una decisión de carácter particular y concreto, porque irroga sus consecuencias a un conjunto determinado de personas, tampoco se supera la residualidad, ya que el accionante pretirió ejercitar los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad (Art.137 y 138-2, CPACA), idóneos y eficaces, pues, era dable la medida de suspensión provisional (Art.230-3º, CPACA)[[14]](#footnote-14)-[[15]](#footnote-15). La existencia de la cautela desvirtúa la inminencia de un posible perjuicio irremediable. Criterio unánime expuesto en precedente horizontal de esta Sala del Tribunal[[16]](#footnote-16).

Por último, en lo que concierne a las pretensiones tendientes a que las autoridades brinden información sobre las actuaciones adelantadas para proveer los cargos creados mediante el D.1479/2017, también advierte la Sala Mayoritaria la improcedencia de la acción, por falta residualidad, como quiera que el interesado, antes de promoverla, omitió formularles peticiones afines, así lo reconoció en el libelo (Cuaderno No. 1, folio 5, hecho 13º), cuando ese era el mecanismo idóneo y eficaz de que disponía para que aquellas resolvieran sus ruegos*.*

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía.
2. ADICIONAR un numeral para negar la tutela en lo que atañe a la aplicación de la Ley 1960, por ausencia fáctica.
3. ADICIONAR otro numeral para DECLARAR improcedente la tutela presentada por la señora Claudia M. Rodríguez H., porque carece de interés legítimo para coadyuvar el amparo, según lo expuesto.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-062 de 2010, iterada en la T-070 de 2018. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-203 de 1993. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-315 de 1998. En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 y T-1998 de 2001. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015 y T-425 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-225 de 1993, T-082 de 2016, T-095 de 2016, T-019 de 2018 y T-323 de 2019, según estas sentencias el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-046 de 1995 referida en las T-722 de 2014 yT-572 de 2015, entre otras. La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997, SU-133 de 1998 y T-247 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 09-10-2019, MP: Grisales H., No. 2019-00366-01; (ii) 04-10-2019, Mo. Grisales H., No. 2019-00144-01; y, (iii) 30-09-2019, MP: Grisales H., No.2019-00142-01. [↑](#footnote-ref-10)
11. Portal web <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-y-doctrina/criterios-unificados/provision-de-empleo>, consultado el 14-09-2020. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30-07-2020, MP: Quiroz M., No.11001-02-03-000-2020-01432-00. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-526 de 2005 y T-410 de 2013. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-610 de 2017. También puede consultarse las SU-553 de 2015, T-748 de 2015 y T-329 de 2009, entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-15)
16. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 23-08-2019; MP: Arcila R, No. 2019-00038-01; (ii) 02-09-2019; MP: Saraza N., No. 2015-00465-01; (iii) 13-09-2019, MP: Sánchez C., No.2019-00251-01. [↑](#footnote-ref-16)